



EB 2015/152

Resolución 003/2016, de 13 de enero de 2016, del titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, que resuelve el recurso especial interpuesto por SERVACE, S.L., contra la adjudicación del lote 2 del contrato de “Servicio de vigilancia y servicio de auxiliares para las organizaciones de servicios de la Red de Osakidetza en Araba”, promovido por OSAKIDETZA.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El 27 de noviembre 2015 la empresa SERVACE, S.L., presentó en el registro del Órgano de contratación recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación del lote 2 del contrato de “Servicio de vigilancia y servicio de auxiliares para las organizaciones de servicios de la Red de Osakidetza en Araba”, promovido por OSAKIDETZA

El recurso, junto con el expediente de contratación y el informe al que se refiere el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del sector Público (en adelante, TRLCSP) causaron asiento de entrada en el libro registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales/Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC/KEAO) el 2 de diciembre de 2015.

SEGUNDO: Una copia del recurso fue trasladada a los interesados el 14 de diciembre de 2015, habiéndose recibido las de la empresa Fagus Seguridad, S.L., el día 17 de diciembre de 2015.



II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Consta la legitimación del recurrente, en cuanto que ha tomado parte en el procedimiento de adjudicación del lote 2 del contrato, y la representación de Don J. C.T. que actúa en su nombre

SEGUNDO: El objeto del recurso es la adjudicación de un contrato de servicios cuyo valor estimado asciende a 4.306.238,40 euros, por lo que nos hallamos, en todo caso, ante un contrato de servicios sujeto al recurso especial.

TERCERO: Según el artículo 40.2 c) TRLCSP, podrán ser objeto de recurso «los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores». El acto recurrido es la Resolución de 12 de noviembre de 2015 del Director General de Osakidetza, de adjudicación del contrato.

CUARTO: El recurso ha sido interpuesto dentro del plazo establecido en el artículo 44.2 TRLCSP.

QUINTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable al contrato, OSAKIDETZA tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública, según el artículo 3 del TRLCSP.

SEXTO: La argumentación del recurso es, en síntesis, la siguiente:

a) Se han producido en el procedimiento de adjudicación irregularidades como el incumplimiento de las fechas de apertura de los sobres técnicos y de los económicos, la comunicación verbal de los resultados, la notificación por correo electrónico de la adjudicación que llevan a concluir que la apertura de los sobres no se ha efectuado en acto público, en contra de lo dispuesto en la legislación de contratos públicos y el propio pliego de condiciones que no deja lugar a dudas ni interpretaciones en lo concerniente a este extremo.



b) Falta de motivación individualizada de la puntuación pues la facilitada es meramente digital o “ciega”, esto es, números sin desarrollo explicativo, lo cual implica infracción del principio de igualdad pues la elección y valoración de las puntuaciones ha quedado al libre arbitrio del órgano de contratación (sin posibilidad de contraste o análisis por parte de la recurrente).

c) Preconiza que tanto su oferta técnica como económica es la más ventajosa por lo que solicita que se declare nula la adjudicación. Subsidiariamente, si se considera que las anteriores irregularidades pueden solventarse con la retroacción de actuaciones porque ya se conocen las proposiciones económicas de los licitadores, no siendo posible ya cumplir con la exigencia legal de valoración separada y previa de los criterios sujetos a juicio de valor, se solicita la nulidad de la totalidad del procedimiento de licitación y la convocatoria de uno nuevo.

SÉPTIMO: El poder adjudicador se opone al recurso con los siguientes argumentos:

a) Las fechas de apertura, tanto de juicios de valor como de fórmulas, se publicaron en los correspondientes anuncios y estaban programados para los días 11 de agosto a las 11:30 h y 1 de septiembre a las 11:00 horas, no acudiendo ninguna empresa a la apertura de juicios de valor. Con fecha 31 de agosto de 2015 se comunicó el cambio de mesa de apertura de fórmulas para el día 14 de septiembre de 2015 a todos los licitadores a través del correo electrónico. El día 14 de septiembre se celebró el acto público de apertura de fórmulas asistiendo a dicho acto las empresas DELTA SERVICIOS, S.A. y SERVACE, S.L. Con posterioridad a este acto público se comprobó que en el anuncio publicado en el perfil del contratante, por error, figuraba el 17 de septiembre; fecha distinta a la que figuraba en los correos electrónicos remitidos. En vista de esto último, el día 17 de septiembre se levanta acta y se comunica a los licitadores que acudieron al acto lo acontecido.



b) El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, TACRC), ha manifestado que la notificación es un acto distinto del acto notificado, que actúa como condición de eficacia de aquél, de forma que si de la documentación incorporada al expediente se deriva que el acto de adjudicación está suficientemente motivado, aun cuando la notificación del mismo haya sido realizada incorrectamente, no concurriría causa suficiente para anular la adjudicación por falta de motivación. En la documentación obrante en el expediente constan los respectivos informes técnicos de valoración de los criterios sometidos a juicio de valor y fórmulas y los motivos que han determinado la obtención de las puntuaciones reflejadas en el acuerdo de adjudicación por lo que, de la documentación incorporada al expediente, no se deriva que el acto esté insuficientemente motivado.

OCTAVO: La empresa FAGUS SEGURIDAD, S.L., realiza las siguientes alegaciones:

a) Manifiesta que cumple con lo recogido en los pliegos de condiciones administrativas y técnicas de la LCSP.

b) Por parte de la administración actuante se han respetado todos los principios que se exigen en toda contratación pública: igualdad de trato, transparencia y concurrencia de licitadores.

c) Se procedió a emitir una puntuación teniendo en cuenta los ítems para su valoración y tal y como lo exigía el pliego de condiciones. Además, la recurrente nunca resultaría adjudicataria del contrato por no poder alcanzar en puntuación a la adjudicataria.

NOVENO: El recurrente denuncia varias irregularidades en el procedimiento de adjudicación por lo que resulta necesario analizar el “iter procedimental” seguido por el poder adjudicador en la tramitación del contrato cuya adjudicación se impugna, en el que constan las siguientes actuaciones:



- Anuncio del DOUE de 27 de junio de 2015, en cuyo apartado IV.3.8) en el epígrafe correspondiente a «Condiciones para la apertura de ofertas» se especifica «1.9.2015» y anuncio del BOE de fecha 14 de julio de 2015 en cuyo apartado 9.d) referido a «Apertura de ofertas» se señala «Mesa apertura juicios de valor 11/08/15, a las 11:30 y Mesa apertura fórmulas 01/09/15, a las 11:00 h.»
- Acta de fecha 11 de agosto de 2015, suscrita por el Presidente suplente y Secretaria de la Mesa de contratación, en la que se da cuenta del discurrir de la sesión del órgano colegiado cuyo orden del día consiste en el examen de la documentación basada en criterios evaluables mediante juicio de valor y se hace constar el carácter público de la sesión así como la ausencia de asistentes al acto.
- Documento, sin fechar ni firmar, denominado «AVISO» en el que se indica que la apertura de los sobre B de criterios evaluables mediante fórmulas se traslada al día 17/09/2015, a las 11:00 horas.
- Documento en el que figura que la dirección de correo electrónico servace@servace.es ha leído un correo electrónico cuyo «asunto» se denomina «aplazamiento mesa económica» pero sin que conste el contenido del mensaje remitido.
- Acta suscrita por el Presidente suplente y la secretaria de la mesa de contratación con fecha 14 de septiembre de 2015 en la que se relata la sesión de la mesa de contratación en cuyo orden del día figura el acto de apertura de proposiciones del contrato que nos ocupa y en la que se hace constar que a la misma asistió, entre otros, Iñigo Monteverde en nombre de la empresa SERVACE, S.L.

El TRLCSP establece una valoración sucesiva y separada de los criterios de adjudicación evaluables mediante un juicio de valor y de los evaluables mediante fórmulas. Así, el artículo 150.2 TRLCSP dispone que «la evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia.» Para hacer posible esta valoración separada, el propio artículo continúa señalando que, «(...)». Las normas de desarrollo de esta Ley determinan los supuestos y condiciones en que deba hacerse pública tal



evaluación previa, así como la forma en que deberán presentarse las proposiciones para hacer posible esta valoración separada.»

El citado artículo 150.2 TRLCSP pretende conseguir la mayor objetividad posible en la evaluación de las ofertas y, para la consecución plena de dicha finalidad, el TRLCSP y su normativa de desarrollo diseñan un procedimiento en el que cobran especial relevancia las funciones asignadas a la Mesa de contratación y la posibilidad de que los licitadores participen en sus sesiones. Así, el inciso final del artículo 160.1 del TRLCSP dispone que, «(...) en todo caso, la apertura de la oferta económica se realizará en acto público, salvo cuando se prevea que en la licitación puedan emplearse medios electrónicos.» Por su parte, en la normativa de desarrollo nos encontramos con que el art. 22.1.c) del Real Decreto 817/2009, señala que la mesa de contratación abrirá las proposiciones presentadas dando a conocer su contenido en acto público, el art. 27.1 de este mismo Real Decreto dispone que la apertura del sobre con la documentación relativa a los criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor se llevará a cabo en un acto de carácter público y el art 83 del Real Decreto 1098/2001 obliga a la mesa de contratación a dar ocasión a los interesados para que puedan comprobar que los sobres que contienen las ofertas se encuentran en la mesa y en idénticas condiciones en que fueron entregados, y a invitar a los licitadores interesados a que manifiesten las dudas que se les ofrezcan o pidan las explicaciones que estimen necesarias, procediéndose por la mesa a las aclaraciones y contestaciones pertinentes.

En relación al contrato que nos ocupa, en el BOE de fecha 14 de julio de 2015 se publicó la fecha de celebración del acto público de apertura de los sobres que contenían la parte de la oferta sujeta a valoración conforme a criterios de juicio de valor (11 de agosto de 2015) si bien este dato no figuraba en el anuncio publicado en el DOUE. Por su parte, la concreción de la hora, fecha y lugar del acto público de apertura de los sobres que contienen la parte de la oferta evaluable mediante fórmulas, que se hallaba publicado tanto en el DOUE como en el BOE, fue aplazado y, si bien la comunicación de esta circunstancia a los licitadores no figura convenientemente acreditado en el expediente, pues de la copia del correo electrónico remitido a la empresa no se puede leer a qué



hora, día, lugar y orden del día quedan convocados, lo cierto es que en el acta de la sesión de la Mesa de contratación de fecha 14 de septiembre de 2015, figura que asistió un representante de la empresa ahora recurrente y que se concedió a los asistentes la opción de comprobar el estado de los sobres y de efectuar cualquier tipo de precisión sobre los mismos y que se dio lectura al resultado de las valoraciones emitidas en el informe de juicios de valor (24 puntos la empresa adjudicataria y 23 la recurrente) para, seguidamente, proceder a la lectura de las proposiciones económicas, plazo de ejecución y plazo de garantía ofertados.

De la relación y contenido de los actos que obran en el expediente no cabe deducir que se ha producido indefensión del recurrente ni cabe afirmar que la finalidad que persigue el procedimiento diseñado, el de la objetividad en la valoración de las ofertas, se haya visto materialmente afectado, pues el representante de la recurrente asistente al acto de la Mesa de contratación de fecha 14 de septiembre de 2015 pudo comprobar que se habían analizado en primer lugar los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor, pues en el acta consta que se lee públicamente la puntuación obtenida por cada empresa licitadora en los concerniente a estos criterios y que los sobres que contenían la parte de la oferta susceptible de valoración mediante fórmulas no habían sido manipulados y permanecían convenientemente cerrados lo que elimina la sospecha de se haya podido producir una arbitrariedad por no seguir escrupulosamente el procedimiento establecido en la norma. Ahora bien, el que una irregularidad del procedimiento no sea considerada como causa de nulidad del acto no implica que el acto no deba cumplir con todos los requisitos exigidos por el TRLCSP y, en este punto, nos referimos a la motivación, cuya ausencia del acto de adjudicación ha sido impugnada y a la que nos referiremos en el fundamento jurídico siguiente.

DÉCIMO: El recurrente alega indefensión por falta de motivación individualizada de la puntuación total que consta en la resolución de adjudicación. Por su parte, en el informe remitido el poder adjudicador alega que en el expediente constan los respectivos informes técnicos de valoración



de los criterios sometidos a juicios de valor y fórmulas y los motivos que han determinado la obtención de las puntuaciones por lo que, de la documentación incorporada al expediente, no se deriva que el acto de adjudicación esté insuficientemente motivado.

La Resolución de adjudicación de fecha 12 de noviembre de 2015, en su parte expositiva, por cada uno de los dos lotes en los que se divide el objeto del contrato, relaciona las empresas licitadoras y, en columnas, la puntuación total obtenida, en lo que la citada resolución denomina «JUICIOS», «FÓRMULAS» y «TOTAL»; en su parte dispositiva señala las empresas excluidas junto a los motivos y, a continuación, las empresas adjudicatarias, con expresión para cada una de ellas, del plazo de ejecución y garantía ofertado así como el importe económico. Consta en el expediente remitido un informe de 8 de septiembre de 2015 de juicios de valor y otro informe de fecha 21 de septiembre de 2015 sobre juicios sujetos a fórmula.

El art. 151.4 del TRLCSP dispone, en síntesis, que la adjudicación deberá ser motivada, se notificará a los candidatos o licitadores y deberá contener, en todo caso, la información necesaria que permita interponer el correspondiente recurso especial, y que la notificación de la adjudicación deberá contener, en particular, las características y ventajas de la proposición del adjudicatario determinantes de que haya sido seleccionada la oferta de éste con preferencia a las que hayan presentado los restantes licitadores cuyas ofertas hayan sido admitidas.

No consta en el expediente, ni ha sido así indicado por el poder adjudicador en su informe, que la notificación de la adjudicación incluyera motivación alguna, más allá que una mera referencia en la Resolución de adjudicación de que se han examinado los informes técnicos (informe técnico de criterios evaluables mediante juicios de valor de 8 de septiembre de 2015 e informe técnico de criterios evaluables mediante fórmulas de 21 de septiembre de 2015).

Como ha indicado con anterioridad este OARC / KEAO (Resolución 42/2014) «La motivación de los actos no tiene que incorporarse necesariamente al contenido del



acto de que se trate, sino que la doctrina jurisprudencial admite la justificación derivada de los informes técnicos precedentes y demás datos del expediente (STS de 1 de julio de 1992). De esta forma, la motivación se valorará en el contexto del expediente, que tiene carácter unitario. En este sentido, el acuerdo puede incorporar como toda justificación el contenido de informes o dictámenes (art. 89.5 LRJPAC) pero la jurisprudencia no exige la transcripción del informe o dictamen en el acto (STS de 31 de enero de 1983), bastando la mera remisión, incluso implícita, a los informes emitidos en el procedimiento, que se consideran parte del acuerdo mismo.»

Este OARC / KEAO considera que en lo que respecta a la adjudicación impugnada y su notificación no se ha cumplido debidamente con la obligación contenida en el art. 151.4 TRLCSP en relación con el art. 89.5 LRJPAC, que positiviza la teoría de la motivación «in aliunde» que consiste en considerar que forma parte de la motivación del acto los informes que la preceden, pues ésta exigiría el traslado, junto con el acuerdo en su día recurrido, de copia de los informes en los que se basa su decisión el órgano de contratación. Este OARC / KEAO ha considerado que no se produce materialmente indefensión por el mero hecho de que la adjudicación o su notificación no estuvieran convenientemente motivadas si el recurrente ha tenido conocimiento por otra vía de los motivos que fundan la actuación (Resolución 72/2013, Resolución 29/2012, Resolución 32/2015). Dicho con otras palabras, la omisión de la motivación en el acto y en su notificación sólo podría suplirse con el derecho del recurrente al acceso al expediente en el caso de haberse producido con anterioridad a la interposición del recurso ya que, en este caso, no existiría indefensión material, pero este extremo no se halla acreditado en el expediente remitido, en el que no consta que el recurrente haya accedido al mismo o haya tenido conocimiento de los informes técnicos por algún otro medio. Por el contrario, es al poder adjudicador al que corresponde esta obligación pero, en ningún caso, imponer a los interesados la carga de solicitar la vista de los documentos necesarios para el ejercicio de sus derechos (en este sentido, ver Resolución OARC / KEAO 100/2014).

Es claro que en el supuesto que se analiza el recurrente no ha podido conocer el aspecto más relevante de la adjudicación, que es la forma en la que se ha



valorado a los distintos licitadores y si ésta coincide con las previsiones del PCAP, por lo que no cabe más que concluir que hay una falta de motivación de la adjudicación impugnada y de su notificación, lo que conlleva, necesariamente, su anulación.

UNDÉCIMO: La pretensión de la recurrente, consistente en la solicitud de la nulidad de la resolución de adjudicación al objeto de que se acuerde la adjudicación del contrato a su favor por resultar ser la oferta económicamente más ventajosa, no puede ser satisfecha en su totalidad por la simple razón de que la falta de motivación de la adjudicación le ha impedido interponer un recurso en el que funde en derecho esta petición. Este motivo impugnatorio únicamente puede conducir a que se repita la adjudicación, la cual no podrá ser alterada ni modificada, con la expresión de los motivos en los que se ha basado.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 43. 2 del TRLCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, el titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi:

RESUELVE

PRIMERO: Estimar parcialmente el recurso especial interpuesto por SERVACE, S.L., contra la adjudicación del lote 2 del contrato de “Servicio de vigilancia y servicio de auxiliares para las organizaciones de servicios de la Red de Osakidetza en Araba”, promovido por OSAKIDETZA, anulando la resolución de adjudicación recurrida por falta de motivación y ordenando la retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la adjudicación a fin de que por parte del órgano de contratación se repita la adjudicación en los términos señalados en el fundamento jurídico undécimo de esta resolución.



SEGUNDO: Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

TERCERO: Levantar la suspensión automática del procedimiento de adjudicación.

CUARTO: Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

QUINTO: Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso- administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10 k) LJ), de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2016ko urtarrilaren 13a

Vitoria-Gasteiz, 13 de enero de 2016